

ALGUMAS CONTROVÉRSIAS NA APLICAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

JOSÉ AUGUSTO DELGADO*

*Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária
do Estado do Rio Grande do Norte*

1. *Introdução* — Um dos aspectos mais sugestivos e mais difíceis da ciência do processo é a análise das questões que se apresentam controvertidas. Assim ocorre porque a sociedade jurídica quer ter uma boa lei, um bom código que contenha as "qualidades exigidas de toda obra literária, que se dirige à inteligência e à vontade, antes que à imaginação e ao sentimento, contendo: unidade, ordem, precisão, clareza".¹

Em época alguma foi tarefa fácil a de redigir um ato de ordem legislativa. Atual é, portanto, a lição de que

a perfeição científica ainda não foi atingida, e os estudiosos, aqueles que ambicionam dar às contribuições do Direito a pureza de linhas alcançadas pelas artes plásticas, aqueles que tratam o encadeamento das regras jurídicas como um todo, cuja harmonia resulta do rigor lógico de seu arranjo, e aqueles que vêem nas leis jurídicas uma das mais elevadas expressões da vida do organismo social, ainda trabalham por detergir essas sombras.²

Há de reconhecer-se que, a despeito da melhor técnica legislativa que foi aplicada na elaboração do Código de Processo Civil de 1973, até hoje permanecem dificuldades na interpretação de determinadas regras processuais, proporcionando profundos debates na órbita da doutrina e da jurisprudência. Assim, é sempre vivo o interesse de todos aqueles que se dedicam aos temas processuais de verem as

¹ Geny, *La Technique Legislative dans la Codification Civile Moderne*, Cent. do Cod. Civ. Francês, vol. 2, p. 996.

² Clóvis Beviláqua, "Observação para Esclarecimento do Código Civil Brasileiro", in Ferreira Coelho, *Código Civil dos EE.UU. do Brasil*, vol. III, Rio, p. 57.

controvérsias questionadas, a fim de que seja alcançada, mais cedo ou mais tarde, a necessária estabilidade do sentido interpretativo da norma.

Já se afirmou (e é bom que se repita) que o Código de 1973 não representou uma simples reforma do nosso Estatuto Processual Civil. Firmou-se como um Código novo, impondo uma "visão atualizada dos fenômenos processuais e inspirado em padrões consagrados pelas melhores legislações da Europa".³

Natural, portanto, que a posição investigatória do estudioso busque decifrar os temas que apresentam tendências para uma instabilidade interpretativa.

O trabalho em tal sentido encontra-se por demais facilitado, em face da codificação vigente haver sido acolhida, quando foi aprovada por um ambiente científico que contribuiu para aprimorar a sua aplicação, extraindo dos novos institutos toda a potencialidade contida.

Inspirado em tais propósitos, passo a examinar uma das inúmeras controvérsias que decorrem do processo de execução. Registre-se, desde logo, que não há pretensão de impor ponto de vista. O que se deseja é suscitar o debate e tornar cada vez mais conhecida a tarefa construtora da doutrina e da jurisprudência.

2. Indicação da existência de benfeitorias indenizáveis, o momento processual de fazê-lo e o problema da preclusão, se houver omissão.

A alegação da existência de benfeitorias e a manifestação de retê-las, por ocasião da execução de sentença, estão regradas no Capítulo II, do Título III, do Código de Processo Civil. É um dos fundamentos

³ Humberto Theodoro Júnior, "O Procedimento Monitório como Possível Solução para o Problema da Execução da Duplicata sem Aceite", p. 69, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, vol. 7, 3.º trimestre/1976.

permitidos para interposição de embargos à execução fundada em sentença, constituindo-se, assim, um dos meios de oposição do devedor.

O assunto encontra-se assim legislado:

Art. 744. Na execução de sentença, proferida em ação fundada em direito real, ou em direito pessoal sobre a coisa, é lícito ao devedor deduzir também embargos de retenção por benfeitorias. § 1º. Nos embargos especificará o devedor, sob pena de não serem recebidos: I — as benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias; II — o estado anterior e atual da coisa; III — o custo das benfeitorias e o seu valor atual; IV — a valorização da coisa, decorrente das benfeitorias. §, 3º. O credor poderá, a qualquer tempo, ser imitado na posse da coisa, prestando caução ou depositando: I — o preço das benfeitorias; II — a diferença entre o preço das benfeitorias e o valor dos frutos e dos danos, que já tiverem sido liquidados.

Na legislação anterior, Código de Processo Civil de 1939 (Dec. lei 1.608, de 18.9.39), o tema era regulado pelo art. 1.012:

Nas ações reais e reipersecutórias serão lícitos o pedido de retenção por benfeitorias ea defesa de que trata o art. 1.010, I, II e III.

O assunto possibilita algumas indagações que não vêm recebendo tratamento uniforme pela doutrina e pela jurisprudência.

Na sequência escolhida, o elenco das divergências admite ser analisado de modo que se encontrem respostas satisfatórias para as questões que passam a ser discutidas:

a) O direito de indicar a existência de benfeitorias indenizáveis só pertence ao devedor, por força da expressão contida na norma positivada?

Na visão literal do dispositivo supra, somente o devedor é que tem o direito de deduzir embargos de retenção por benfeitorias.

No direito anterior não havia menção expressa ao devedor. De forma genérica, a norma positivada permitia que

nas ações reais e reipersecutórias serão lícitos o pedido de retenção por benfeitorias e a defesa de que trata o art. 1.010, I, II e III (art. 1.012 do CPC de 1939).

Há de ver-se, em primeiro plano, que o direito de opor embargos de retenção por benfeitorias é faculdade atribuída a quem está sendo executado. A natureza de tais embargos é de ação incidente que tem curso, formalmente, como todos os embargos de devedor.

Na verdade, partindo-se do elementar pensamento de que só pode ser executado quem seja devedor, conclui-se, superficialmente, que o direito de retenção apregoado ao art. 744 do CPC só é exercível por quem se apresente com tal qualidade.

Entretanto, como se está a afirmar, tal conclusão peca pela generalidade. E para demonstrar o alegado, começa-se com a preocupação de se dizer que devedor é

toda pessoa que está sujeita ao cumprimento de uma obrigação, da qual não se desonera, enquanto não a preste, ou de seu cumprimento a dispense o credor.⁴

O vocábulo "devedor", portanto, não pode ser compreendido de modo individualizado, no campo jurídico, por estar sempre ligado ao conceito de obrigação.

Assim sendo, não há razão para que exista, na espécie, distinção entre devedor principal e solidário, para fins de dedução do direito de retenção examinado.

Com base em igual conclusão, o direito de retenção por benfeitorias, no caso do art. 744 do CPC, pode ser argüido, em regra geral, também, pelo espólio, pelos herdeiros, pelos sucessores do

⁴ De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, vol. II, p. 522, Forense.

devedor, pelo novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo judicial, e pelo fiador judicial. Estes agentes indicados são sujeitos passivos na execução. A posição que assumem extrapola o princípio de que não se executa sentença contra quem não foi parte na causa, porém, tem suporte no entendimento de que as mudanças ocorridas na relação obrigacional, uma vez que não tendo sido provocadas pelo credor, não podem criar-lhe dificuldades de ver garantida a pretensão do recebimento do que lhe é devido.

A afirmação, todavia, de que os sujeitos passivos mencionados podem deduzir embargos não deve prosperar sem que seja investigada, concretamente, em que situação lhes é permitido opor-se à execução de tal modo.

Os embargos de retenção por benfeitorias só podem ser apreciados na execução de sentença proferida em ação fundada em direito real, ou em direito pessoal sobre a coisa. Dentro de tal esquema, não há dificuldade em se situar o espólio, os herdeiros ou os sucessores como titulares, também, do direito de interpor embargos, uma vez que recebem a massa hereditária em sua totalidade, isto é, com os créditos e os débitos.

O direito de retenção é uma faculdade concedida pela lei ao devedor. O executado assume tal posição contra o exeqüente, transformando-o em devedor, para forçá-lo a indenizar o valor de benfeitorias necessárias ou úteis, reclamando, portanto, "o cumprimento de uma obrigação a que a própria coisa reclamada pelo exeqüente deu nascimento".⁵

⁵ Amílcar de Castro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, p. 407, Ed. Revista dos Tribunais.

Da mesma maneira como ocorre com os títulos executivos extrajudiciais, a sentença indica o devedor, fazendo coisa julgada entre as partes, não beneficiando nem causando prejuízo a terceiros. Entretanto, em situações excepcionais, pode envolver quem não foi parte na causa, especialmente, ocorrendo sucessão que indica transmissão de direitos e obrigações, sendo que as expressões "o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor" referem-se exclusivamente à sucessão hereditária.

No caso de novo devedor, o direito de retenção só poderá ser deduzido se o mesmo lhe foi transferido por força da novação subjetiva consentida pelo credor.

Resta, agora, ver se um terceiro, que realizou benfeitorias, tem legitimação para reter e, conseqüentemente, propor os embargos permitidos pelo art. 744 do CPC.

Antonio Carlos Costa e Silva, em seu *Tratado do Processo de Execução*, p. 622, vol. 3.º, t. II, Sugestões Literárias, posiciona-se de modo favorável. São seus os fundamentos seguintes:

Com efeito, sendo os embargos de retenção por benfeitorias concedidos a quem, tendo precedente e legal detenção da coisa alheia houver, sobre a mesma, realizado benfeitorias que na forma da lei reclamem justa indenização, não se há de negar a oportunidade de embargar a execução e de reter a coisa que deveria restituir. Portanto, os embargos do art. 744 são, igualmente, concedidos ao terceiro que, por justo título detenha a coisa objeto de sentença proferida em ação real ou reipersecutória. Nada obsta que o texto da lei tenha feito alusão unicamente à figura do devedor para excluir o terceiro. Se é da existência do instituto em foco a retenção a título de garantia do crédito, segue-se que o terceiro, credor do exequente pelo valor das benfeitorias, é parte legítima para reter e intentar a demanda que lhe permita receber o que lhe é devido.⁶

⁶ *Tratado do Processo de Execução*, p. 622, vol. 3.º, t. II, Sugestões Literárias.

Contra a posição acima indicada, há a manifestação do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Os embargos ou retenção a que se refere o art. 744 também são do próprio executado ou do devedor, como é ali denominado, não de estranho à demanda (AI 237.218, rel. Henrique Machado, 5.9.74).⁷

Posição diferente tomou Pontes de Miranda. Afirmou que:

O direito de retenção não só é exercível pelo devedor. Pode ocorrer que tenha algum terceiro, que, diante do ato constitutivo, pode opor os embargos de terceiro.⁸

Não me parece que o direito formal permita a dedução dos embargos de retenção de benfeitorias pelo terceiro. Este não participou da relação processual, nem foi alçado à posição de sujeito passivo por força do fenômeno sucessivo. Cabe-lhe, portanto, no caso de sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, fazer uso do remédio especial identificado como embargos de terceiro (arts. 1.046/1.054 do CPC), que se destina a proteger, na situação assinalada, quem não tenha sido parte no processo. Aliás, Amílcar de Castro identificou os embargos do executado, de retenção por benfeitorias, não na forma, mas no fundo, como verdadeiros embargos de terceiro. Para tanto, afirmou:

Trata-se de nova lide, incidente, pois o executado pretende do Estado tutela jurídica para direito dele executado, que se encontra ameaçado pelo exeqüente, e nesse incidente aparecem as partes em qualidade inteiramente diversa da que conservam no processo da execução. A legitimação ativa e passiva é inteiramente outra: o executado apresenta-se como credor, com direito de reter a coisa, a pedir seja o exeqüente condenado, como devedor, a lhe pagar uma indenização. Em direito pode muito bem uma pessoa fazer as vezes de duas a diversos respeitos, e, assim, operam-se na relação processual, transformações subjetiva e objetiva, contemporâneas. A natureza do incidente é, pois, a de

⁷ Theotônio Negrão, *CPC e Legislação Processual em Vigor*, Ed. Revista dos Tribunais.

⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 160, t. XI, Forense.

embargos de terceiro, e se o processo deles não é observado, é por motivo de fácil compreensão.⁹

b) Em que fase da execução deverá ser feita a indicação das benfeitorias?

A situação que agora vai ser enfrentada é a que se relaciona com o exato momento processual em que os embargos de retenção por benfeitorias devem ser deduzidos. Só na fase de execução da sentença proferida em ação fundada em direito real? Ou quando se discute direito pessoal sobre a coisa é que se permite ao devedor apresentar "embargos de retenção por benfeitorias?"

De acordo com o disposto no art. 621, do CPC:

Quem for condenado a entregar coisa certa será citado para, dentro de 10 dias, satisfazer o julgado ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos.

A partir da juntada aos autos do mandado de citação executório, começa a correr o prazo de 10 dias para que os embargos sejam apresentados, sem que haja, em princípio, necessidade do bem ser depositado. Não há dispositivo legal a respeito. Entretanto, se for exigida a obrigação contida nos arts. 622 e 737, II, do CPC, é evidente que tal providência viria a elidir o direito de retenção, pois, este é uma garantia do possuidor, para se fazer pagar, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, RTJ 35/488.

A dedução dos embargos de retenção por benfeitorias não se confunde com o protesto por indenização de benfeitorias, que pode ser feito na fase de cognição. Apresentado esse protesto e não sendo rejeitado pela sentença, gera o direito dos embargos serem interpostos.

⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, pp. 407-408, vol. VIII, Ed. Revista dos Tribunais.

Defende-se, entretanto, que essa espécie de embargos pode ser admitida mesmo que, na fase de conhecimento, não tenha havido protesto por indenização de benfeitorias. Em tal sentido, manifestaram-se José Frederico Marques,¹⁰ Enrico Tullio Liebman¹¹ e outros.

Há de ver-se, segundo penso, que, se a sentença exequênda já eliminou a pretensão ao exercício do direito de retenção, a dedução de embargos para tal alcance representa infringência à coisa julgada.

Admitida, na sentença, a retenção, o pretendido está delimitado, pelo que o devedor não poderá exceder-se na articulação representativa do pedido. Se não houve debate a respeito na fase de conhecimento, permite o texto legal a sua invocação na ação incidental de embargos do executado, tendo em vista a visão que o legislador de 1973 deu aos embargos.

c) A meditação que agora sou levado a fazer é sobre a resposta para a seguinte indagação: a omissão da dedução dos embargos de retenção por benfeitorias, na fase da execução de sentença, gera preclusão?

É sabido que a preclusão é referente, de modo essencial, ao processo, pelo que está ligada a uma faculdade concedida à parte para dinamizar o procedimento. Sendo, como exposto, veículo de dinâmica do procedimento, não pode ter em seu conteúdo questão de direito material, mesmo que seja de direito material processual. No seu aspecto concreto, ela é um "fato processual, que torna incompatível o exercício de uma faculdade ou de um direito".¹²

¹⁰ *Instituição de Direito Processual Civil*, vol. V, 1960, n. 1.330.

¹¹ *Processo de Execução*, p. 155, Nota 3, 1963.

¹² Antônio Alberto Alves Barbosa, *Da Preclusão Processual Civil*, p. 126; Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1955, cit. por José de Moura Rocha, in *Estudos sobre Processo Civil*, p. 141, UFPE, 1969.

No particular, merece destacar o que apontou José de Moura Rocha, ob. cit., p. 140, como sendo capaz de distinguir a preclusão da decadência, considerando aquela como tendo por objeto o ato puramente processual. Afirmou-se que a decadência consiste no decurso infrutuoso de um termo prefixado para o exercício da ação, o que não ocorre com a preclusão, que se refere à perda, à extinção ou à consumação de ato processual. Em consequência, conclui o mestre, a decadência fulminará, de pronto, a ação e o seu exercício, enquanto a preclusão extingue, apenas, o ato ou termo sem que tal se atenha ao direito de ação ou ao direito expresso na pretensão ou na contra-pretensão.¹³

Depois de tais colocações, resta examinar a possibilidade de se fixar um entendimento conclusivo sobre o tema proposto.

O primeiro pensamento a ser invocado é o de Pontes de Miranda, quando afirma que

o pedido de retenção por benfeitorias, a que se refere o art. 744, é o do *ius retentionis*, de base no direito material, e não o que derivaria, no plano processual, do fato de ter o executado feito benfeitorias na coisa a ser entregue.¹⁴

Não deriva de tal marco a definição de Ramponi, aceita pelo Prof. Arnaldo Medeiros da Fonseca, sobre o direito de retenção:

A faculdade concedida pela lei ao credor, de conservar em seu poder a coisa alheia, que já detenha legitimamente, além do momento em que a deveria restituir, se o seu crédito não existisse, e normalmente até a extinção deste.¹⁵

Diante do exposto, é possível afirmar-se que o direito de retenção por benfeitorias previsto no art. 744 do CPC, não é um ato puramente de direito formal. A sua alegação surge como uma nova lide,

¹³ *Estudos sobre Processo Civil*, p. 140, Ed. UFPE, 1969.

¹⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil*, pp. 160-161, Forense, 1976.

¹⁵ *Direito e Retenção*, 3.^a ed., Forense, pp. 104-116, 1957.

de caráter incidente, "pois o executado pretende do Estado tutela jurídica para direito dele executado, que se encontra ameaçado pelo exequente".¹⁶

O apoio que serve para o que se afirma é o conteúdo do art. 516 do CC, que assegura o ressarcimento das benfeitorias necessárias e úteis, permitindo ao "possuidor de boa fé o direito de retenção, por via do qual ele conserva a coisa em seu poder, até que indenizado seja do que se lhe deve".¹⁷

É, por conseguinte, um direito material negativo com os seguintes pressupostos: a) detenção da coisa; b) existência de um crédito do retentor; c) a relação de causalidade entre esse crédito e a coisa retida.¹⁸

É chegado, portanto, o momento de se afirmar que a omissão de dedução de embargos de retenção por benfeitorias, na fase da execução, não gera preclusão. Se o ato omissivo acontecer, a indenização poderá ser demandada por ação autônoma.

d) Trago, agora, para debate, a questão seguinte: Se o devedor não efetuar o depósito da coisa devida, os embargos de retenção por benfeitorias podem ser admitidos?

A preocupação sobre o assunto nasceu da não previsibilidade do depósito como condição para o recebimento dos embargos, conforme o conteúdo do art, 744, § 1º, do CPC.

De início, é de ser visto que os embargos de retenção por benfeitorias não serão recebidos se a inicial omitir os requisitos do art. 744, § 1º, do CPC, que são os aspectos que devem ser especificados pelo devedor: a) as benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias; b) o estado

¹⁶ Amílcar de Castro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 407, Ed. Revista dos Tribunais, vol. VIII.

¹⁷ Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, p. 66, Saraiva, 1961.

¹⁸ Idem, p. 67.

anterior e atual da coisa; c) o custo das benfeitorias e o seu valor atual; d) a valorização da coisa, decorrente das benfeitorias.

Não há, assim, à primeira vista, nos limites do art. 744 do CPC, a exigência de que a coisa seja depositada. Entretanto, deve ser observado que os embargos de retenção por benfeitorias possuem a natureza de embargos de devedor. Assim, eles são vistos por Antônio Carlos Costa e Silva:

Na execução de sentença, proferida em ação fundada em direito real, ou em direito pessoal sobre a coisa, reza o art. 744 do CPC ser lícito ao devedor deduzir "embargos de retenção por benfeitorias".¹⁹

Do mesmo modo, por Pontes de Miranda:

O art. 744 não disse que se dispensaria o depósito do objeto ou do equivalente se se trata de embargos de devedor por benfeitorias. Apenas se explicitou que podia haver tal pedido de retenção. O art. 744 não é exceção ao art. 737.²⁰

Dentro de tal panorama, aceita foi a seguinte decisão:

Inadmitem-se os embargos de retenção por benfeitorias, se o executado desatendeu ao requisito legal de garantia do juízo, não efetuando o depósito da coisa devida (TAMG, AC. 7.453, Rel. Oliveira Leite, PJMG, 5.12.76, p. 6).

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal, em decisão prolatada sob a regência do Código de Processo Civil de 1939, como informa a RF 96/79, decidiu no sentido de que: "Embargos consistentes em retenção na execução de coisa certa dispensam a prévia segurança do juízo".

Na vigência da nova lei não há condições de ser sufragada tal linha de entendimento. Além dos doutrinadores já citados, conferimos o que ensina Mendonça Lima:

¹⁹ *Tratado do Processo de Execução*, p. 618, vol. 3, t. II, Sugestões Literárias, 1977.

²⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 159, t. XI, Forense, 1976.

Mas para que o interessado oponha embargos a coisa não deve ter sido entregue ao credor, sendo apenas permitidos enquanto tiver depositada, pois, na lição de Pontes de Miranda "o depósito não destrói o *ius retentionis*, uma vez que se não deu a entrega; essa, sim, de fato o destruiria. Porque a retenção desapareceria."²¹

Igual é o pensamento de Humberto Theodoro Júnior:

O direito de retenção gera a seu titular uma exceção dilatória. Não impede a condenação a entrega da coisa, mas, subordina a eficácia da sentença a prévia satisfação do crédito daquele que detém o *ius retentionis*.²²

Os pontos controvertidos que defluem do art. 744 e seus parágrafos do CPC, não se esgotam no que foi assinalado. Entretanto, obedecendo ao plano traçado para a execução do presente trabalho, já é tempo de ser enfocado tema de outra natureza.

3. Trago, agora, para análise, a indagação seguinte: São admissíveis embargos à execução fundada em título judicial, além das hipóteses enumeradas no art. 741 do CPC, ainda que não tenham efeito suspensivo?

A sugestão foi debatida em profundidade por ocasião do Simpósio sobre Atualização em Processo de Execução, promovido pela Escola Superior da Magistratura Nacional, no Rio de Janeiro, período de 3 a 21.11.80.

O art. 741 do CPC, dispõe:

Quando a execução se fundar em sentença, os embargos serão recebidos com efeito suspensivo se o devedor alegar: I — falta de nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia; II — inexigibilidade do título; III — inexigibilidade das partes; IV — cumulação indevida de execuções; V — excesso de execução, ou nulidade até a penhora; VI — qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como

²¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI, t. II, § 1.605, Forense.

²² *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, p. 288, Forense.

pagamento, novação ou presunção com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; VII — incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

No simpósio mencionado ficou decidido, por maioria, que não são admissíveis, mesmo sem efeito suspensivo, embargos à execução fundado em título judicial além das hipóteses enumeradas no art. 741 do CPC, salvo as exceções legais de caráter processual.

A redação do art. 741, *caput*, deixa margem a se concluir que podem ser apresentados embargos por fundamentos que não os nominados nos incisos I a VII, embora o seu recebimento não fique subordinado ao efeito suspensivo. Outrossim, uma segunda conclusão pode ser firmada: a enumeração contida nos incisos não exaure as hipóteses de cabimento de embargos à execução com efeito suspensivo, haja vista que o devedor poderá alegar, também, litispendência, a extinção da execução, etc.

Na situação vestibular, há de ser visto o conteúdo do art. 623 do CPC que, ao cuidar da execução para entrega de coisa certa, dispõe:

Depositada a coisa, o exeqüente poderá levantá-la antes do julgamento dos embargos, salvo se estes forem recebidos com suspensão da execução (art. 741).

Na hipótese segunda, veja-se a exceção consubstanciada na da permissibilidade de serem recebidos embargos sem efeito suspensivo (mesmo elegendo-se os motivos do art. 741), no comando do art. 732, parágrafo único, do CPC, ao liberar, quando cuida de execução de prestação alimentícia, que "Recaindo a penhora em dinheiro, o oferecimento de embargos não obsta a que o exeqüente levante mensalmente a importância da prestação".

Pelo visto, não deve ser considerada incontroversa a observação feita por Alexandre de Paula de que:

Só se recebem embargos sem suspensão da execução, quando tratando-se de título extrajudicial, não invoque o devedor qualquer dos fatos enumerados no art. 741. Cuidando-se de título judicial, os embargos alegam qualquer das matérias previstas no art. 741 e são recebidos com efeito suspensivo, ou não invocam nenhuma daquelas razões e são desprezados liminarmente, por força do art. 739, II.²³

A justificar o que se alega é de se apoiar a lição de Frederico Marques quando lança resposta ao questionamento seguinte:

Quais serão, portanto, os embargos sem efeito suspensivo a que faz menção o art. 791, I?" Diz o mestre: "Em primeiro lugar, os embargos opostos à execução para a entrega de coisa, se oferecidos depois de cumprido mandado de missão de posse ou de busca e apreensão (arte. 625 e 738, III), uma vez que já se achando satisfeita a obrigação, com a entrega da coisa, não há mais o que se suspender. Compelido está o embargante a enquadrar os fundamentos do pedido no art. 741, pois assim exige o art. 739, II; no entanto, encerrada que está a execução não há realmente o que suspender (*ad impossibilia nemo tenetur*). Em segundo lugar, há os embargos à arrematação ou à adjudicação, em que não se registra o efeito suspensivo decorrente dos referidos embargos.²⁴

Sobre o último tema, há de se ter como certa a própria justificação que o mestre Frederico Marques apresenta:

Não nos parece que tenham efeito suspensivo os embargos à arrematação ou à adjudicação não só porque praticamente nada mais há a suspender, como também em razão do momento procedimental em que são apresentados se algum risco houver, para o devedor, com a demora processual do julgamento dos embargos. Tal inconveniente pode ser remediado com medida cautelar adequada.²⁵

4. Usufruto de imóvel ou de empresa — O legislador de 1973, cuidando das várias formas do credor a ser pago, dispôs no art. 716 que

²³ *Código de Processo Civil Anotado*, Ed. Revista dos Tribunais, vol. III, 1977.

²⁴ *Manual de Direito Processual Civil*, p. 231, Saraiva, 1976.

²⁵ *Idem*, p. 238.

O juiz da execução pode conceder ao credor o usufruto de imóvel ou de empresa, quando o reputar menos gravoso ao devedor e eficiente para o recebimento da dívida.

Diante da regra acima explicitada, surge, segundo penso, uma indagação: Ao juiz da execução é facultado decretar, de ofício, o usufruto de imóvel ou de empresa, por entender ser menos gravoso ao devedor e eficiente para a liquidação da dívida?

É sabido que o art. 620 do CPC enumera como sendo uma das disposições gerais a ser aplicada no processo de execução a de que o juiz está obrigado a determinar que se faça a execução pelo modo menos gravoso para o devedor, quando o credor puder promovê-la por vários meios. Por outro lado, cumpre também ao credor indicar a espécie de execução que prefere, quando por mais de um modo pode ser efetuada. É o que obriga o art. 615, I, do CPC.

Tem-se, assim, a imposição do Código ao credor de providenciar preliminares a serem observadas em circunstâncias especiais, entre elas a supramencionada.

Não vejo, entretanto, na conduta exigida pelo art. 615, I, do CPC, qualquer relação com o disposto no art. 620 do CPC. Tenho como situações distintas. O art. 615, I, trata de providências a serem tomadas quando o credor executa obrigações alternativas que podem ocorrer tanto em títulos extrajudiciais como em sentenças homologatórias (ver Humberto Theodoro, *Processo de Execução*, p. 272).

O art. 620 do CPC deve ser entendido como dizendo respeito aos atos da execução e não às espécies de execução, conforme bem demonstrou Humberto Theodoro Júnior.²⁶

Após tais colocações, não obstante a não clareza do legislador, ao redigir o art. 716, é de se registrar que a tradição do nosso direito só

²⁶ Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, p. 288, Forense, 1978.

permitia a adjudicação dos rendimentos da empresa ou do imóvel se o exeqüente requeresse e o devedor concordasse. Assim era no Código de 1939, art. 982.

Nos dias de hoje, não há mais necessidade de se exigir a concordância do executado, salvo quando se tratar de usufruto de imóvel (art. 721 do CPC). Contudo, a manifestação da vontade do credor é fundamental, para que seja constituído o usufruto forçado que nada mais é do que um ato expropriatório executivo recaindo sobre o bem penhorado em favor do credor.

Humberto Theodoro Júnior ensina de modo explícito:

Essa forma de expropriação depende sempre do pedido do credor, já que este tem o direito de exigir sempre que a execução termine, desde logo, pela entrega da soma de dinheiro a que corresponde a obrigação.²⁷

Aliás, em face do que contêm os arts. 721 e 726 do CPG, outra conclusão não deve ser tomada. O art. 721 dispõe:

É lícito ao credor, antes da realização da praça, requerer lhe seja atribuído, em pagamento do crédito, o usufruto do imóvel penhorado.

Mais adiante, o art. 726 determina:

Nos casos previstos nos arts. 677 e 678, o juiz concederá ao credor usufruto da empresa, desde que este o requeira antes da realização do leilão.

Exigindo a lei, de modo expresso, requerimento do credor quando se tratar de usufruto de penhora que recaiu sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, o mesmo entendimento deve ser aplicado quando o bem for imóvel, embora seja silente a norma positiva a respeito. Em nenhuma situação, o que não pode é o juiz conceder de ofício o usufruto.

²⁷ Idem, p. 524.

5. Ocupo-me agora da defesa do credor, quando a execução se inicia por ato do devedor. Ela será feita através da contestação ou de embargos?

Havendo demora na promoção dos atos de execução forçada, o devedor, com base no art. 570 do CPC,

pode requerer ao juiz que mande citar o credor a receber em juízo o que lhe cabe conforme o título executivo judicial; neste caso, o devedor assume no processo, posição idêntica à do exeqüente.

Afasto-me, desde logo, a possibilidade da medida ser tomada com base em título extrajudicial. Tratando-se deste, a sua liquidação por ato do devedor será através da ação de consignação em pagamento, quando houver um dos motivos que permita a sua interposição.

O Simpósio de Curitiba, realizado em 1975, estudando o artigo mencionado, concluiu:

Na hipótese prevista no art. 570, o devedor é quem promove o processo de execução, cabendo ao credor opor embargos, se a oferta não estiver conforme o título.

Não foi esse o entendimento do Simpósio sobre Atualização em Processo de Execução, promovido pela Escola Superior da Magistratura Nacional, em novembro de 1980. Entendeu-se, na oportunidade, que "A defesa do credor, se a execução se inicia por ato do devedor, é feita através de contestação e não de embargos".

Alcides de M. Lima²⁸ e Humberto Theodoro Júnior²⁹ vêem o procedimento contido no art. 570, como sendo o de uma verdadeira consignação em pagamento enxertada dentro da regulamentação do processo de execução.

²⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI, p. 178, n. 350, Forense.

²⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, p. 85, Forense, 1978.

Note-se, porém, que de tal procedimento especial não se trata, embora o rito processual tenha bastante semelhança.

É lúcida a observação de Alexandre de Paula sobre o art. 570,³⁰ quando o considerou incompleto. Realmente o é, segundo entendo, pois, além de só contemplar as hipóteses de execução por coisa ou quantia certa contra devedor solvente, não abrangendo outras espécies de execução (da entrega da coisa incerta, das obrigações de fazer e não fazer), não esclarece como proceder se o credor não comparecer para receber a quantia.

Humberto Theodoro Júnior sugere que deve-se aplicar o ritual da ação de consignação em pagamento.³¹ Amílcar de Castro observou que se tinha no art. 570 um caso análogo ao da consignação em pagamento.³² Reconheceu, contudo, que, após serem acautelados os interesses do devedor, cessam com o depósito da quantia devida os juros e os riscos de danos resultantes de força maior.

Não me parece ser possível o credor opor-se ao pedido do devedor através de embargos. Não sinto amparo em ver prosperidade em tal espécie de medida, por se tratar de meio processual indiscutivelmente a ser utilizado unicamente pelo devedor.

Os que defendem o cabimento da interposição dos embargos pelo credor, devem meditar que eles constituem ação incidental com força de desconstituir os títulos judicial e extrajudicial. Na espécie, o credor defende-se do fato do devedor não depositar, inteiramente, o que lhe é devido, o que constitui situação muito diferente.

Diante de tais fundamentos, fico com a sugestão de Humberto Theodoro Júnior, de que o mesmo rito adotado para a ação de

³⁰ *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, p. 9, Ed. Revista dos Tribunais.

³¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, p. 86, Forense.

³² *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, p. 20, Ed. Revista dos Tribunais.

consignação em pagamento deve ser seguido, por se compatibilizar com o objetivo da atividade processual garantida pela lei.